



TITLE:

小作制と小作法(六・完)

AUTHOR(S):

河田, 嗣郎

CITATION:

河田, 嗣郎. 小作制と小作法(六・完). 經濟論叢 1922, 15(2): 205-228

ISSUE DATE:

1922-08-01

URL:

<https://doi.org/10.14989/127932>

RIGHT:

會學濟經學大國帝都京 叢論濟經

號二第 卷五十第

行發日一月八年一十正大

論叢

交通税の捕捉すべき給付能力

法學博士 神戸 正雄

支那の古典に見はれたる社會政策

法學博士 田島 錦治

經濟道と經濟術

法學士 作田 莊一

小作制と小作法

法學博士 河田 嗣郎

時論

支那の改造と國際管理

法學博士 末廣 重雄

戸數割を論ず

法學博士 小川 郷太郎

物價問題私論

法學博士 山本 美越乃

說苑

ジョン・ロックの私有權論

經濟學士 岩城 忠一

雜錄

經濟學の革命

法學博士 河上 肇

大學生の一年間の學費

經濟學士 藤野 靖

小作制と小作法 (六・完)

河 田 嗣 郎

三 小 作 法 (承前)

二 小作人の權利義務

小作に關する法的規律の行はるゝに當つて、地主と小作人との權利義務の限定を明確にするこの、最も大切な事は、言を俟たざる所である。而して両者の權利義務の限定は、苟も小作契約の内容に關する事柄たる限りは、種々の事項に就いて行はるべきもので、前に既に之を論じたる小作期間や小作料等に關する法律上の規定は、一として両者の權利義務の限定たる意義を有せざるものはない。併し茲に小作人の權利義務として論ぜんとする所のは、此等小作契約の内容に關するものではなく、小作契約そのものゝ効果として、又之に關する法律上の規定よりして、小作人が地主及び第三者特に小作地の取得者に對して有する總括的な權利義務換言すればその權務上に於ける小作人の地位、乃至は小作權そのものゝ讓渡轉貸等に關する小作人の權利義務の關係である。

何れにしても小作人の有する權利と義務とは、先づ地主に對しては、小作契約が双務契約たる性質上、小作人に對して地主の有する權利義務と、互に對應するものである。又小作人が土地の取得者に對して有する權利や、小作權を轉貸し又は讓渡するに就いての權利義務やは、小作權が賃借權として有する法律上の性質より之を攷査すべきものである。從て茲に論せんとする所は主として小作權の法律上の性質に關する議論とならざるを得ざる次第で、然かも之に就いては、從來法學者の間には、隨分盛なる論争と熱心なる研究とが行はれて居り、法律の専門家たらざる私が今更素人論を試むる必要もないかも知れぬ。併し私は小作制度の經濟上の性質上よりして常に問題を攷へ、又主として經濟關係を見、經濟上の必要よりして吾々が法律に對して斯くありたきものと希望する所のものを明かにするといふ立場に於て、少しく此の問題に關する解説を爲すと同時に、論議を試みて見たいのである。

されば私は小作關係に於て地主の有する權利義務及び小作人の有する權利義務に就いて、諸方面に涉つて然かもよく纏つた取扱をすることに意を用ゐるよりも、寧ろ小作人の立場を主位に置き、其の一般的に有する權利義務として考へなければならぬ所のものゝ中で、最も重要な諸點を選ひ、其等に就いて稍々詳細なる攷究を試むることとする。

仍て本題に立入つて之を攷ふるに、小作人が法律上に於て有する地位は、法系の異なるに従て少

からざる徑庭を見るのである。即ち羅馬法に在つては、一般的に賃貸借はたゞ單純なる債權關係に過ぎずと見て居た。従つて今小作契約に就いて云へば、小作地が賃貸人たる地主よりして第三者に賣却せられたるが如き場合に於ては、賃貸借契約は之に依て除却せられ、新所有者は其地を自作するも將又之を新たに小作に附するも自由であつて、ともかく在來の小作契約は土地の賣買の爲めに斷絶せられるのである。此の關係は普通に『賣買は賃貸借を破る』原則 (Kauf bricht Mieth) として知られて居る。併し之は獨り賣買の場合に於て然るものたるに止らず、交換や贈與の如きでも、總べて小作地の所有權移轉の生じたる場合に於ては、其地に關する小作關係は、之に依て破却せられ、小作人は土地の讓受人に對して、小作權を主張することは出來ないことになつて居たのである。尤も其の場合に『賣買は賃貸借を破る』といふと雖も、それは賣買契約が成立したる爲めに、小作關係が破られるのではなく、賣買契約の行はれたる結果として小作地の所有が移轉せられるに因り、小作關係が破られることゝなるに過ぎぬ。又その場合にたとへ小作地の賣買讓渡が行はれても、貸主と借主との間の契約が當然之に依て破られて消滅に歸するものではなくその場合に表はれ來る所のものは、たゞ賣買に依る土地所有移轉の結果、貸主が借主をして引續き其地の小作を爲さしむることが出來なくなるといふ事に外ならぬ。換言すれば貸主が借主に對して負ふ義務が果されなくなるといふ事に外ならぬ。従て其の場合は小作人は損害賠償の請求權

を得、前地主は其の義務を負ふこととなり得るものとする。即ち貸主と借主との間に於ける契約關係は土地讓渡の行はれたる後に於ても、兩當事者間に之を解除し又は終焉せしむることの行はれざる限りは、依然存続する次第である。たゞ現實なる小作關係のみが終焉に歸せしめられるのである。⁵⁷⁾

然るに獨逸在來の法に在つては、多くの對人的權利關係は、當事者が其の權利の對象物に支配權を獲得したる瞬間より、物權的のものと看做さるゝことになつて居た。されば賃貸借に在つては、賃借人に其の物件が引渡されたる以後は、其の賃借權は物權的效力を有するものとせられ、從て其の以後、其の物件が第三者に讓渡せらるゝことありとも、其は何等賃貸借關係に觸るゝことなきものとする。即ち賃貸借は賣買に優先する原則 (Heuer geht vor Kauf) が行はれるのであつて、小作地にしても其の引渡を受けたる小作人は其の小作地が第三者に讓渡せらるゝとも、それには關係なく契約期間の盡くる迄は依然として小作を續けることが出来るのである。之れ普國法 (das preussische allgemeine Landrecht) の採つた態度であつて、賃借人の法律上の地位は、羅馬法に於けるに比して甚だ強きものとせられた。⁵⁸⁾

右羅馬法の採れる所と普國法の採れる所とは、賃借人の地位に對して大いなる相違を生ぜざるを得ない次第で、賃借權を純然たる債權と見るか、之を一定の條件の下に物權と見るかにつき、

57) Alb. Rosiny, Die rechtliche Stellung des Erwerbers eines vermieteten (verpachteten) Grundstückes, Greiswald 1913, S. 11ff.

58) ibid. S. 12 鳩山博士日本債權法(各論中)四六九—四七〇頁

兩者は各々其の代表的見地を示すものと謂ふことが出来る。獨逸民法は其の第一章案に於ては羅馬法の如く、賃貸借は債權關係たるに過ぎずと見、從て土地の所有權をば法律行爲に依て得たる者の如きは、未だその土地が賃借人に引渡されざる以前ならば之を差止むることを得、既に引渡されたる以後ならば賃借人を排除するを得るものとせんとしたのである。然るに此の態度に對しては大いなる反對論が起り、第二委員會に於ては、現時の社會生活狀態の下に於ては、賃借人の利害をば大いに顧慮する必要あるものとせられ、小作人其他の賃借人は其の賃借期間繼續して賃借を爲し得ることに關し大いなる利害を感ずるものなれば、法律は出來得る限り其の賃貸借關係より賃借人の驅逐せらるゝことに對して保障を與へざるべからすといふ考が勝を占むることゝなつた。

此の考慮よりして獨逸民法は、依然として賃貸借關係を法律關係としては債權關係と見ることを革めなかつたけれども、土地の賃貸借に在つては、其地が賃借人に引渡されたる以上は、其後に於て第三者に讓渡せらるゝことあるも、在來の賃貸借關係は之が爲めに破らるゝことなきものとし、讓受人は在來の貸主に代り其の賃貸借上に於ける權利義務の關係を引受くる旨を規定するに至つた。即ち獨逸民法第五百七十一條第一項に次の如く規定せられてある。

賃貸セラレタル土地カ借主ニ引渡サレタル以後貸主ヨリ第三者ニ讓渡セラル、ニ於テハ讓受人

ハ貸主ノ代リニ彼レノ所有ノ繼續中賃貸借關係ヨリ生スル權利及義務ニ任スルモノトス

Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein.

(§ 571 Abs. 1 B. G. B.)

此の規定は一般的に土地の賃貸借に關するものであるが、獨逸民法第五百八十一條第二項の規定に従つて、土地の小作契約にも其の適用あるや勿論の義である。

次に我が民法は賃貸借に關しては明かに債權主義を採つて居る。従て我が民法の下に於ては賃借人たる普通の小作人の如きは、賃借權を以て賃借地の第三取得者に對抗するを得ない。其他の第三者に對抗することの出來ぬのも、債權の原則として言を俟たざる所である。されば小作地に關して之を言へば、そが有効に賣買譲渡されたる場合に、小作地の譲受人が小作人に對して小作地の返還を請求したるときは、小作人は其の賃借權たる小作權を理由として之を拒絶することは出來ない。小作人はたゞ貸主に對して、その債務不履行に因る損害賠償を請求するを得る權利を有するに過ぎない。

右は我が民法に於ける原則的規定より之を見て然る所である。けれども、たゞ此の原則だけに

止めて置いて、何等賃借人を保護すべき例外的規定を設けないでは、賃借人の權利は頗る薄弱のものとならざるを得ない。然るに現時の社會生活の下に在つては、例へば家屋の借屋借をして居る人は、自己所有の家屋に住むで居る人よりも多く、土地にしても亦賃借關係は頗る重要な關係たり、特に農地の小作は自作よりも廣く行はれ、小作人の數は自作人よりも多いのだから、此等の不動産の賃借者の權利を斯く薄弱のものと爲して置いて、何等之を保障し、せめて賃借契約の繼續期間中安神して借家又は小作地の利用を爲し得るものたらしめんことは、社會政策上甚だ重要な事といはねばならぬ。

茲に於てか民法には、一般的に、不動産の賃貸借は之を登記したるときは〔爾後其の不動産につき權利を取得したる者に對しても其効力を生ずる（第六百五條）〕ものとの規定を設けて居る。此の規定あるが爲めに、不動産の賃借人は賃貸借の登記さへして置けば、たとへ其後賃貸人が賃借物の所有權を第三者に譲渡することあるも、賃貸借に依る法律關係は依然として存續するは勿論、賃貸借の事實關係も當然賃借物の譲渡に依て破らるゝことはなく、賃借人はその賃借利用を續けて行くことが出来る。即ち賃貸借に依る法律關係は讓受人たる新所有者と賃借人との間に存續するのである。

斯くの如く、不動産の賃貸借は之を登記すれば、第三者に對抗するを得るものとなるが故に、登

記後に於ける賃貸借權の効力は物權と選ぶ所なきものとなる。然らば賃貸借は之を登記すれば、賃貸權は物權と變ずるものなりやといふに、元來我が民法では、物權たるものは法律上に之を列擧する主義を採つて居るのに、登記せる賃貸權については、何等法律上此點に關する規定がないから、それが物權となるものとは解せられぬ。やはりそれは權利としては債權たるに過ぎないけれども、登記に依て之に公示力が與へられたる以上は、その效力に於て物權的効力が認められるものとなるを解釋する外はないのである。

兎も角法律は、登記の方法に依て不動産の賃借人の權利を確實にすることにしたのであるが、然るに現時の社會生活は愈々以て不動産の賃借人の地位を安固にし、更に一層その權利を確實にする必要を生み來つた。特に土地及び家屋を住居の目的を以て賃借する者の權利を安固にする必要生じ、住居問題の困難は我國に在つても、民法に於ける右の規定だけを以てしては、十分に時勢の要求に合致し兼ねる有様を呈するに至らしめたので、人も知る如く曩に借家法及び借地法を特別法として制定するに至らしめた。而して此の法律の規定により、又彼の建物保護に關する法律(明治四十二年法律第四〇號)の規定に依り、借家及び借地權は登記を要せずして第三者に對抗するを得ることとなり、新たに其の賃借目的物に付き物權を取得したる者と借主との間に賃貸借としての效力を有することとなつたのである。即ち借家法は「建物ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ建物ノ引

渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シ其ノ效力ヲ生ス」(同法第一條第一項)と規定せられた。又借地法に於ては、先づ其の借地權の意義を限定して「本法ニ於テ借地權ト稱スルハ建物ノ所有ヲ目的トスル地上權及ヒ賃借權ヲ謂フ」と爲し(同法第一條)て居る。然るに前掲建物保護に關する法律に従へば、建物の所有を目的とする土地の賃貸借に於て土地の賃借人が其の土地の上に登記したる建物を有するときは、土地の賃貸借は其の登記なきも之を以て第三者に對抗するを得ることゝなつて居るのである。

然るに今や又時勢の要求は、小作に關する賃貸借に於ても、小作人の小作權を法律を以て今少しく安固のものとなせなければならぬとするに至り、小作權に於ても亦やはり登記を待たないで之を第三者に對抗するを得るものと爲し、新たに小作地の上に物權を取得したる者に對しては、小作人との間に從來の小作關係が承繼せらるゝ效力を有するものとなせなければならぬといふ希望が大に表はれ來ることゝなつた。小作制度調査委員會に提出せられたる小作法幹事私案は其の第五條第一項に於て「小作權ハ其ノ登記ナキモ小作地ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ小作地ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其ノ效力ヲ有ス」と規定せんとして居る。即ち之れ借家法に於ける前掲條文と相呼應せんとするものであつて、賃借目的物の引渡が行はれたる以後は、賃借權は登記を待たずして其の賃借物に付き物權を取得したる者に對しても其の効力を有するものとなす主旨

に出て居るのである。

小作法幹事私案なるものが果してよく法律となり得るや否やは逆睹し難いけれども、小作權の對抗力に關する右第五條第一項の主旨が借家法と相應じて以て現時の時勢の要求する所に適從せんとするものたるからには、其の主旨は何人からも認めらるべき筈のものであつて、我利々々地主輩にあらざる限りは、敢てかゝる法文の制定せらるゝことを拒否せんとするものはあるまい。併しそれは兎に角として、此の條文案は、其の據る所は大體に於て獨逸民法に在りさせなければならぬ。即ち前に掲げたる如く、獨逸民法第五百七十一條第一項は、賃借地が賃借人に引渡されたる以後貸主より第三者に讓渡せられたる場合には、讓受人は以後其の從來の貸主に代つて其の權利を承繼し其の義務を負擔するものと規定して居る次第だから、小作法幹事私案がやはり小作地の引渡ありたるときは爾後其の小作地につき物權を取得したる者に對しても小作權は其の効力を生ずと爲さんとするは、正に其軌を一にするものであつて、共に賃借地の引渡ありたることを以て賃借權に物權的對抗力を有するを得せしむる理由となさんとするのである。然るに小作法幹事私案第五條第一項は、借家法第一條第一項と同様に、小作地の引渡ありたるときは爾後其の小作地につき物權を取得したる者に對し云々と定めんとし小作權を以て廣く其の小作地につき物權を取得したる者に對抗するを得るものとせんとして居る。此點は獨逸民法の規定する所に比し更

に小作權の對抗力の及ぶ範圍を廣くせんとするものである。獨逸民法第五百七十一條第一項に在つては、賃借地が貸主に依て第三者に讓渡せられたる場合のみを規定し、其の讓渡とは、賣買、贈與、遺贈等すべて所有權の移轉を目的とする法律行爲を意味する次第である。⁵⁹⁾ されば獨逸民法に於ては、引渡の完了されたる賃借地の對抗力は右諸行爲の結果新たに賃借地の所有權を得たる者に對してのみ認められたるに反して、小作法幹事私案は、借家法に於けると同様に、所有權たるを抵當權たるを地役權たるをその他何れの物權たるを問はず、すべて其の小作地に付き物權を取得したる者に對して小作權の對抗力を認めんするものである。惟ふに之は我が民法が第六百五條に於て不動産の賃貸借は之を登記したるときは爾後其の不動産に付き物權を取得したる者に對しても其の效力を生ずるものと爲すとして居る所に順應し、其の登記の除外例を造り、小作地は引渡さへ行はるれば登記が行はれずとも已に十分に其の物權的對抗力を有するものと爲さんとする主旨に出でたものであらうから、そこで此の第六百五條同様に其の對抗力の及ぶ範圍を獨逸民法に於けるよりも廣くすることゝなつたのであらう。一般法たる民法に對する特別法として尤千萬な所たるのみならず、小作權を確實にする主旨より見るも 至當のことゝいはねばならぬ。

次に又我が民法第六百五條、借家法第一條第一項、小作法幹事私案第五條第一項等に於て「……其效力ヲ生ス」と規定し「第三者ニ對抗スルコトヲ得」とせなかつたのは、獨逸民法第五百

七十一條第一項が、讓受人は貸主に代つて其の權利義務に任ずるものとして居るのと同巧異曲のものであつて、賃貸人が賃貸借の登記又は引渡以後賃貸物の所有權其他の物權を第三者に讓渡したるときは、賃貸借に依る法律關係は、新所有者と從來の借主との間に存續するものとし、賃貸人が讓受人に對抗し得るに止らず、讓受人も亦賃貸借關係より生ずる權利を借主に對して有することとなり又其の義務を負擔することとなる旨を意味する次第である。

要するに、借地權の對抗力をば、登記を待たないで認めんとする獨逸民法及び我が小作法幹事私案の如きは、賃貸地の引渡といふことに重きを置き、その行はれたる以後は借地權は物權的對抗力を有するものとなさんとするのだから、條文の解釋上に於ては、引渡といふことの意味を明確にすることが頗る大切である。而して普通には、此の場合に於ける引渡とは、借地人が其の土地に對して實際的に之を支配し得る狀態に置かるゝことだと解釋せられ、引渡を了すとは從て、貸主が賃借物をば借主に對して契約上の使用に適する狀態に於て交付し、借主は其地の使用に必要な實際上の力をば直接に其地に對して持ち得る狀態に置かるゝことを意味するものとせられるけれども此種の細末に涉つた解釋論を試むることは、私の志でないから、茲にはたゞそれだけを一言するに止めて置く。茲にそれよりも重要なことは、不動産の賃借權が登記せられずとも、賃借物の引渡の行はれたる以後は、物權的對抗力を有するものとせられることであつて、單純な

る債權たるに過ぎずとせられる賃借權に、法の規定により斯かる物權的對抗力の賦與せられるといふことが、最も注意に値する次第である。而して法律は何が故に、斯かる物權的效力を有し得る不動産の賃借權は頭から物權とすることをしないで、依然として之を債權として置き乍ら、然かも其の對抗力に於ては殆んど物權たるものと多く相選ばざる程度にまで之を強くせんとするのか。此點は大いに致究に値する所たらざるを得ない。又賃借權の物權的對抗力は、何が故に、不動産に付いてのみ斯くの如く認められるに拘らず、動産に付いては認められないのか。此點も亦致へて見る必要がある。又引渡されたる賃借不動産の有する對抗力と占有權の對抗力との連絡關係如何といふことも、併せ致究すべき問題たらざるを得ぬ。

私はすべて此等の問題を致究せんが爲めには、今少しく、賃借權なるもの、法的性質について研究を試むる必要があると思ふ。即ち賃借權をば、たゞ法典に於て物權中に入れられて居ないから物權でなく、債權中に加へられて居るから債權だといふばかりで満足せず、其の權利としての性質を討究して、それが果して物權たる性質のものなりや債權たる性質を有するものなりや、將又両者の性質の何れをより多く有するものなりや、その何れとして法典に規定するを妥當とするやを、精確に見定めることが、學問上に於ては重要なことだと思ふ。成文法以外に法律なく、成文に規定されたる權利以外に權利なしといふ見地を採つて居る人達には、斯かる研究を試むる餘地は

あるまいが、成文法典を離れて法律の意義を立て、權利の概念や本質を見究めんとする學徒には、右の研究は十分その餘地あるものでなくてはならぬ。又甚だ重要な研究題目でなくてはならぬ。

そこで少しく其の問題に就いて考へて見るに、賃借權が果して物權であるか、それとも債權であるかといふことに就いては、從來法學者の間に既にかなり精密な研究が行はれて居るが、諸家の見る所は必ずしも一致せないで、之を物權と見る論者と債權と見る論者と相分れて互に論難を交はして居る有様である。而して今賃借權の權利としての性質を見定めんが爲めには、先づ以て物權と債權との區別から見てかゝる必要があるが、之に就いても亦學者間に論爭が行はれて意見の一致を見難い。即ち或學者は、權利の物權性は、權利者が義務者より或物を取去ることの出来る權能を基礎とするものと考へ、權利者が斯かる法律上の地位に在る場合に彼は其物に付いて物權を有すと解すべきものだとする。然るに他の學者は、物權の性質は權利其ものゝ内容に依て定まるもので、人が直接に或物に對する法律上の支配權を有する場合には、彼は其物に對して物權を有し、若し人が他人の行爲を介して物に對して權利關係を有する場合には、彼が有する權利は債權たるに外ならずとする。されば此の見解に従へば、物權とは人と物との間に存する直接の權利關係だといふことになるのである。然るに又他の學者は、權利の對抗力が絶對的なか制限的なかに依て物權と債權との區別は立てらるべきもので、訴訟上の保護の絶對的なものは之を

物權と見なければならぬと主張するのである。⁶⁰⁾

債權と物權との區別に關する右等の見解の中、現今最も多數の學者の之を認め、通説と謂ひ得べきものは、物權をば其の權利の内容より見て債權と區別し、人の行爲を介せず直接に物に對して法律上の支配を爲すことがその權利の内容たる權利は之を物權と見るべきものなりといふ見解である。仍て即ち今問題になつて居る賃借權に就いて見るに、賃貸借契約は諾成契約たるが爲めに、其の契約が成立ちさへすれば賃借人は賃貸人に對して權利を有し又義務を負ふことになるけれども、其の賃貸借の目的物がまだ引渡されない以前に在つては、賃借人の權利は、たゞ賃貸人をして契約の主旨に従て賃借物の使用及び收益を爲し得べきやう之に必要な行動を取らしむるを得る權利たるに止り、それが單純なる債權たるに過ぎざるは疑なき所である。然れども賃貸人が其の義務を果たし、賃借物を賃借人に引渡し、其他賃借人をして能く其の目的物の使用及び收益を爲し得る地位に居らしめたる曉に於ては、賃借人は賃借物に對して直接の法律關係を有することとなり、彼は其物の使用及び收益を爲し得べき法律上の地位に居ることとなる。そして此の法律上の地位は他人の物を使用収益し得べき一種の權利たることは疑のなき所である。そこで扱て問題となることは賃借人の有する此の直接なる物の使用収益を爲し得べき權利は債權なりや物權なりやといふに、私は之はどうしても物權と見るのが正當だと考へるのである。

60) Heino von Christen, Der Schutz des Grundstücksmieters gegen Dritte, Borna-Leipzig, 1913, S. 2 fg.

即ち賃借物が賃借人に引渡された後は、賃借人は賃貸人の行爲を介せずして直接に其物を支配し得べき法律上の地位に置かれたるものであつて、彼は其の賃借物に付いては占有權を有し、何人の目から之を見ても其の目的物と賃借人との間には直接なる法律關係が成立つて居る。されば賃貸借契約は契約として債權關係なりとも、其の主旨に従て目的物が引渡され賃借人が其物を使用收益し得る法律上の地位に置かれたる以上は、賃借人と目的物との間に物權關係が生じ、斯くて賃借人が直接に其の賃借物を使用收益し得る權利をこそ實に賃借權といふべきものである。

さればその關係は恰も賣買に依て物の所得權が買主に獲得せられるのと同様で、賣買契約は元より債權關係だけれども、其の結果買主の手に移る所有權は物權である。されば私は契約の一種類として賃貸借といふ債權關係を認むことは洵に正當なことだと思ふけれども、それと同時に又法律は物權中の一として賃借權なるものを認め、之に關する獨立の規定を定むべきものなりと考ふるのである。

所が民法學者の多數は、賃借權は債權たるに過ぎずと爲すのであつて、賃借人が目的物を直接に使用收益し得る權利は獨立の權利ではなくて、債權たる賃借權に従たる權能に外ならずとの理由により、其の物權的性質を否認せんとするのである。⁶¹⁾ 成文民法の解釋論として學者が斯かる説明をするのは已むを得ないであらうが、成法を離れて之を考ふれば、私は、物を直接に支配し其

の使用収益を爲す權能が、債權としての賃借權に従たる一種の二次的權能たるに外ならずと見る見地の立場をどうしても了解することが出來ぬ。私の見る所では、賃借權としては、目的物を直接に使用収益する權能こそ最も重要なものであつて、賃借權の内容から假りに此の權能を抜き去れば、賃借權は空蟬となつてしまふ外はない。此の重要な權能に比すれば、賃借人が賃貸人に對して賃借物の使用収益を爲さしむべきことを請求する債權としての權能の如きは寧ろ甚だ從たるものに過ぎない。之はたゞ賃借人が直接に目的物の使用収益を爲し得る地位に立ち得んが爲めに、其れに必要な條件を整へしめ法律上の所要形式を調へしむるだけのことを請求する權利たるに過ぎぬ。賃借人の主眼とする所のものは法律上の條件や形式ではなくて、實に目的物の使用収益といふ實質的の利用關係たるに外ならぬのである。重要なものを從と見、重要ならざるものを主と見る論者の見地は、私には不當の見地としか見へない。

尙又之を經濟の實際關係からいふも、實地に其物を使用収益する人が或物に對して有する關係と、たゞ其物の所有者たりといふ法律上の關係と、何れが尊重に値するものなりやといへば、前者は勿論後者よりも重要である。此事は特に農業に於て然りとする。蓋し農業に在つては、躬自ら土地を使用し、之を愛し之を培ひて、其上に勞働を行ひ其上に生産の業務を營む小作人が土地に對して有する關係と、たゞ其の土地の所有者として土地臺帳上の名義人となつて居る地主が其地

に對して有する關係と、何れが重き意義を有し經濟的に之を見て、何れが當然尊重せらるべきかといへば、言ふ迄もなく前者は尊いものとせなければならぬからである。即ち賃貸借關係の在る間は、小作人が土地を使用し其上に業務を營めばこそ、土地の生産力は其力を經濟的に實現し、土地の經濟價值は現實に發揮せらるゝ次第で、地主が土地を所有するといふことは法律的にはさかしく、經濟的には、土地の上の生産に對して何等の現實關係を有せないものである。即ちマーシャル教授の言ふが如く、小作人が Acting partner であり、地主は Sleeping partner たるに外ならぬ。

果して然りとせば、經濟生活其他社會的生活の實狀に適應し、其の要求する所を規範化し、以て社會生活の調子を整へて行くことを以て存在の唯一理由とする法律は、經濟上尊重すべきものを尊重して之に強き力を與へ、經濟上從たる地位に在るものは、法律上に於てもやはり從たる地位を與へるのが正當である。法律といへば本來斯くなければならぬ筈のものなのである。

要するに私は、賃借權なるものは、少くとも小作權なるものは、賃貸借契約の主旨に従ひ、目的物の引渡の了せられたる上は、物權たる性質を有するものと見たいのである。從て獨逸民法や我が小作法幹事私案やが、既述の如く小作地の引渡ありたるときは爾後其の土地に付き所有權其他の物權を取得したる者に對しても、賃借權をして效力を有するものと爲すことは、當然至極のことと考ふるのである。私の希望を謂へば、物權としての賃借權を民法上に認め、之に關する規

定を物權篇中に設けて然るべきだと思ふのだけれども、民法の改正は容易な事業でないとするならば、せめて小作に關してだけでも暫く小作法といふ特別法を設けて、小作權をして物權的效力を有するものたらしむることは、之を時勢の要求から謂つても、亦事理の當然から謂つても、機宜を得たるものと見るべきである。

右は主として法律に關する議論であるが、鑒つて我國の小作慣行に於て、小作地の賣買の行はるゝ際、小作人の利益がどの位の程度に於て顧みられて居るかを見るに、從來は地主の社會上の地位が高くその經濟上の實力が強かつた爲めに、殆んど多く小作人の利益が顧みられない有様であつた。けれども又多少は其の顧慮せられたる所もあり、然かも從來は、たゞ權利關係としてといふよりは、人情上小作人に氣の毒だから賣買が行はれても、直ちに小作を取上げることはせないといふやうなのが、多數の例だつたのである。

試に小作慣行ニ關スル資料に載する所を見るに「永小作地ヲ除キ普通ノ小作地ニ於テハ賣買ニ依リ地主ノ代リタルトキハ新地主ニ於テ任意ニ處置シ得ルモ新地主ニ於テ自作ヲ爲サ、ル限リハ概ネ從來通り繼續小作セシムルカ如シ尤モ年期ヲ定メ其ノ期間解約シ得サル小作地ニ在リテハ舊地主ヨリ新地主ニ此ノ旨交渉シテ繼續セシム」と示されて居る。⁶²⁾尙ほ同書に掲げられたる各地方

の特例に就いて見れば、愛知、静岡、岡山諸縣には、小作地を賣却せんとする場合には地主より一應小作人に照會し、小作人に於て之を買取ること能はざる場合に限り之を他に賣却する例があるやうである。どの位廣く行はれて居る慣習なるかは明かでない。

尙ほ、小作地の賣却に際し、一般的に小作人に先買權を與ふるを可とする意見はかなり廣く行はれて居る所であつて、小作人幹事私案は此點に關し左の如く規定せんとして居る。

第十六條 地主カ其ノ小作地ヲ賣却スル場合ニ於テハ其ノ小作地ノ小作人ニ對シ賣却ノ相手方及價格ヲ明示シテ之ヲ買取ルヘキヤ否ヤヲ確答スヘキコトヲ催告スルコトヲ要ス

前項ノ催告アリタル場合ニ於テ小作人カ爾後一月内ニ之ヲ買取ルヘキ旨又ハ其ノ賣却ニ對シ異議アル旨ヲ述ヘタルトキハ地主ハ之ヲ賣却スルコトヲ得ス但シ小作人ハ正當ノ事由アルニ非サレハ異議ヲ述フルコトヲ得ス

前項ノ場合ニ於テ小作人カ一月内ニ確答ヲ爲サ、ルトキハ異議ナキモノト看做ス

小作人カ之ヲ買取ルヘキ旨ヲ述ヘタル後二月内ニ代價ノ提供ヲ爲サ、ルトキ及小作人カ其ノ賣却ニ對シ異議ナキトキハ地主ハ爾後一月内ニ於テ當初ノ相手方ニ小作人ニ明示シタル價格ヲ以テ之ヲ賣却スルコトヲ得

小作地ノ賣却ニ付爭アルトキハ地主又ハ小作人ハ其ノ判定ヲ小作審判所ニ申請スルコトヲ得

地主カ本條ノ手續ヲ爲サスシテ小作地ヲ賣却シタルトキハ小作人ハ其ノ賣買ノ無効ヲ小作審判所ニ申請スルコトヲ得

次に小作人の權利義務に關する重要事項中の一として致ふべきは、賃貸權の讓渡及び賃借物の轉貸之である。

我が民法は賃借權を以て債權と見るものなること前述の如くなるに加へて、賃借人が賃借物を使用し收益する手段方法や使用收益の程度やに至つては、賃借人の爲人や才能等の異なるに從つて異らざるを得ない次第だから、賃借權は賃貸人の承諾あるにあらざれば、之を譲渡するを得ざるものとし、又賃借物を轉貸するを得ざるものとして居る。(民法第六百十二條第一項)從て小作に在つても、小作權は貸主の承諾あるにあらざれば之を譲渡するを得ず、又小作地の轉貸即ち所謂又小作をさすことも許されないのである。然し之は貸主の承諾を得なければ譲渡轉貸してならぬといふだけのことだから、其の承諾さへ得れば、之を爲し得ること勿論の義であつて、其の承諾は事前の承諾たるを原則とするが事後承諾であつても一向差支ないわけである。たゞ法律論としては事後承諾の場合には、其の承諾の效力に遡及力ありや否やの點が問題となり得るであらう。又法律論としては、賃貸人の承諾を得ないで行はれたる賃借權の譲渡や賃借物の轉貸やに就いて、其の行爲は無効なりや、將又賃貸人に於て之を理由として賃貸借契約を解除し得るに止るや等のことが、問題となるであらう。

尙ほ少しく小作地の轉貸の場合について見るに、轉貸は賃借人が第三者をして賃借物の使用收益を爲さしむることを約する契約であるから、賃貸人と賃借人との間には依然として賃貸借關係が存續し、賃借人と轉借人との間に新たに別個の賃借關係が成立つことゝなるのである。而して

従前の賃借人と賃借人との間の關係は轉貸借の行はることに依つて、何等の影響をも被らないのである。然し乍ら、轉貸借が適法に行はれたる場合には、轉借人は法律の規定に従て、賃貸人に對して直接に義務を負ふこととなるのである。(民法第六百十三條第一項)そして又此の場合には、轉借人は借賃の前拂を以て賃貸人に對抗することを得ず(同條同項)と規定されてあるから、轉借人が轉貸人に對して借賃の前拂を爲すともそれを理由として賃貸人の轉借人に對する借賃請求を拒絶することは出来ないのである。

すべて右等の賃借權の讓渡及び賃借物の轉貸に關する諸規定は、大抵皆正當の規定であつて、永小作權の如く、賃借權を以て物權と見ざる限りは、小作權についても現行法上此種の規定の設けられるは已むを得ない所である。たゞ小作法幹事私案は之に關して次の如く規定し、以て小作人の地位をやゝ強くせんとして居る。

第六條 小作人ハ豫メ地主ノ承諾ヲ得タル後小作權ヲ讓渡スルコトヲ得但シ是ト異ル習慣アル場合ニ於テハ小作人ハ其ノ慣習ニ從フコトヲ得

地主ハ正當ノ事由アル場合ヲ除クノ外前項ノ承諾ヲ拒ムコトヲ得ス小作人カ第一項ノ承諾ヲ求メタル場合ニ於テ地主カ一週間内ニ確答ヲ爲サ、ル時ハ其ノ承諾アリタルモノト看做ス

小作權ノ讓渡ヲ禁止又ハ制限スル契約ハ之ヲ無効トス

小作權ノ讓渡ニ付爭アル場合地主又ハ小作人ハ其ノ判定ヲ小作審判所ニ申請スルコトヲ得

第一項乃至第三項ノ規定ハ永小作權タル小作權ニハ之ヲ適用セス

第七條 小作人ハ其小作地ヲ轉貸スルコトヲ得ス但シ兵役疾病其他止ムコトヲ得サル事由ニ因リ其小作ヲ自ラナスコト困難ナルトキニ限リ小作人ハ其小作地ヲ其事由ノ繼續スル間他人ニ轉貸スルコトヲ得

地主、小作人、轉借人ハ小作地轉貸借ノ事由ニ付小作審判所ニ其判定ヲ申請スルコトヲ得

小作地ノ轉貸又ハ賃貸ハ當事者ノ一方又ハ雙方カ其旨チ地主ニ通知スルニ非ラサレハ之ヲ以テ地主ニ對抗スルコトヲ得ス
第廿六條ノ規定ハ小作地ト轉貸又ハ賃貸ヲ爲ス小作人ニ之ヲ準用ス小作權者タル產業組合カ其ノ小作地ヲ耕作又ハ牧畜ノ目的ヲ以テ組合員ニ轉貸スル場合ニハ本條ノ規定ハ之ヲ適用セス

第八條 前條第一項但書及第六十三條ニ依ル小作地ノ轉貸借アル場合ニ於テ轉貸人カ其小作權ヲ拋棄シタル時ハ之ヲ轉借人ニ讓渡シタルモノト看做ス

前項ノ規定ハ永小作地ノ賃貸借アル場合ニ之ヲ準用ス

第九條 轉貸借アル小作地ノ地主カ小作權消滅ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ之ヲ其ノ轉借人ニ通知セサルトキハ其轉借權ハ消滅セサルモノト看做ス

前項ノ通知アリタル時ハ其ノ轉借權ハ其通知ノ後一年ヲ經過スルニ因リテ消滅ス但シ其ノ消滅ハ收穫後作付前慣習ニ依リテ定マリタル時期其他小作人ノ損害最少ナキ時期ニ非サル時期ニ當ル場合ニ於テハ其ノ收穫ノ終リタルトキ慣習ニ依リテ定マリタル時期又ハ爾後一年内ノ損害ノ最少ナキ時期迄存續スルモノト看做ス

本條ノ規定ハ永小作地ノ賃貸借アル場合ニ之ヲ準用ス

第十條 本法ノ規定ハ第二條乃至第四條ノ規定ヲ除クノ外轉貸人及轉借人間ノ關係ニ之ヲ準用ス永小作人ト其永小作地ノ賃貸借人トノ關係ニ付亦同シ

獨逸に在つても、小作人が何等かの理由に依り小作契約期間の未だ盡きない前に小作關係から脱退し、自己の代りに小作契約上の權利義務を引受けて之に任する者を据へることは、實際の必要上法律の之を認むる所である。但しその場合に賃貸人の承諾を要するものと爲すことは、我が民法に於けると同様である。即ち舊小作人が脱退し新小作人が入り來ることを目的とする法律行

爲又は小作人の人の入代ること自體を Pachtabsand と稱し、従前の小作人を Absteher と呼び新たに入り来る小作人を Absandnehmer と名くるのである。⁶³⁾

最後に小作權の賣買及び小作地轉賃に關する我國の慣行を窺つて見るに、小作權の讓渡に關しては小作株の賣買なるものが行はれて居る。而して小作株の賣買は永小作地に於ては普通のこととして行はれるが、一般小作地に於ては比較的利益多き小作地又は小作地の供給の少き地方に於て行はるゝを例とするやうである。賣買を禁止する例もある。而して其の賣買は地主の承諾を得て明からさまに行はれるのもあるが、小作人に於て窺かに之を賣却讓渡し地主に於ては小作料の不納なき限り之を默認するが寧ろ多數の例である旨を小作慣行ニ關スル資料は示して居る。⁶⁴⁾ 又小作地の轉賃に關しては、永小作地に於ては永小作人が自由にな之を行ふを得ること勿論だが、普通の小作地に在つては、地主の承諾を得なければ小作地の轉賃を爲し得ざること一般の慣例である。地主に依ては絶對に之を禁止するものもあるが、小作料の滞納なき限りは轉賃を默認する例も少くないやうである。⁶⁵⁾

尙ほ小作法に關しては、小作爭議仲裁等に就いて、研究すべき幾多の問題が残つて居るが、此等に關しては別に又獨立の論文を書くことゝして、本稿は一先づ以上で終つて置くことにする(完)

63) Ernst Ulrich von Esbeck Platen, Die rechtliche Natur des Pachtabsandes, Greiswald 1907, S. 19 fg.

64) 小作慣行ニ關スル資料四九頁

65) 同書同頁